



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 287.558/2016-AsJConst/SAJ/PGR

Ação direta de inconstitucionalidade 5.595/DF

Relator: Ministro **Ricardo Lewandowski**

Requerente: Procurador-Geral da República

Interessado: Congresso Nacional

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 2º E 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 86/2015. NOVO PISO PROGRESSIVO PARA APLICAÇÃO EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE. AGRAVAMENTO DO SUBFINANCIAMENTO DO SUS. OFENSA A CLÁUSULA PÉTREA E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE. RETROCESSO SOCIAL. CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO. PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE PROGRESSIVIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS.

1. Ofende cláusulas pétreas da Constituição da República a redução drástica no orçamento público para ações e serviços em saúde, promovida pelos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015, por violar, a um só tempo, os direitos à vida e à saúde (CR, arts. 5º, *caput*, 6º e 196 a 198, *caput* e § 1º); o princípio da vedação de retrocesso social (art. 1º, *caput* e III); o princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal (art. 5º, LIV), em sua acepção substantiva, na faceta de proibição de proteção deficiente; e o dever de progressividade na concretização de direitos sociais, assumido pelo Brasil no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto 591/1992) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto 3.321/1999).

2. Perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre de as normas agravarem a insuficiência de recursos que permitam regular funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), isto é, o crônico subfinanciamento do sistema, reconhecido por autoridades do próprio Poder Executivo federal, a impactar diretamente os direitos fundamentais à vida e à saúde dos seus usuários, com potencialidade recrudescimento com o decorrer do tempo.
3. Parecer por concessão de medida cautelar e, em definitivo, por procedência do pedido.

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra os artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional 86, de 17 de março de 2015, os quais reduzem o financiamento federal para ações e serviços públicos de saúde (ASPS) mediante piso anual progressivo para custeio, pela União, e nele incluem a parcela decorrente de participação no resultado e a compensação financeira devidos pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o art. 20, § 1º, da Constituição da República.

Este é o teor dos dispositivos:

Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:

I – 13,2% ([...]) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

II – 13,7% ([...]) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

III – 14,1% ([...]) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

IV – 14,5% (...) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

V – 15% (...) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional.

Art. 3º As despesas com ações e serviços públicos de saúde custeados com a parcela da União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, serão computadas para fins de cumprimento do disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal.

Sustenta a ação que os preceitos atentam diretamente contra os direitos fundamentais à vida e à saúde (arts. 5º, *caput*;¹ 6º² e 196 a 198, *caput* e § 1º),³ contra o princípio da vedação de retrocesso so-

1 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

2 “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

3 “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Dis-

cial (art. 1º, *caput* e III)⁴ e contra o princípio do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV).⁵ Violam, por conseguinte, cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, IV,⁶ todos da Constituição da República.

O relator adotou o rito do art. 10 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça 10).

Requereram ingresso na ação, na qualidade de *amici curiæ*, a Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMP-CON – peça 14) e o Instituto de Direito Sanitário Aplicado (IDISA – peça 19).

O Congresso Nacional trouxe informações sobre o processo legislativo da Emenda Constitucional 86/2015 e afirmou terem sido observados os ditames constitucionais, legais e regimentais pertinentes (peça 28).

A Advocacia-Geral da União defendeu a constitucionalidade da norma, a qual não teria violado cláusula pétrea da Constituição de 1988. Aduziu ser tarefa do legislador fixar percentual mínimo de recursos para aplicação em saúde. O princípio da proibição de retrocesso social apenas protegeria o núcleo fundamental de garantias sociais estabelecidas, e não impediria revisão de opções legislativas e

trito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”

4 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III – a dignidade da pessoa humana; [...].”

5 “Art. 5º [...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...].”

6 “Art. 60. [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]

IV – os direitos e garantias individuais.”

modificação do modo de concretizar direitos sociais. Reputou ausente o requisito do *periculum in mora*, pressuposto para concessão de cautelar, em razão de estar a norma vigente há mais de um ano e meio (peça 30).

É o relatório.

2. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA

Ao ver da Procuradoria-Geral da República, a instrução deste processo confirmou os vícios de inconstitucionalidade apontados na petição inicial. Dada a relevância do tema, mantém e reproduz, a seguir, os argumentos dela constantes, com acréscimo de menção à manifestação da Advocacia-Geral da União, ao final deste capítulo.

A Emenda Constitucional 86, promulgada em 17 de março de 2015 (que alguns denominaram “Emenda do Orçamento Impositivo”), dispôs, no art. 2º, sobre novo piso – a ser alcançado por meio de subpisos (patamares inferiores aos do regime anterior à emenda) ditos progressivos – para custeio pela União de ações e serviços públicos em saúde (ASPS).

Além de reduzir severamente os montantes anuais de financiamento federal para as ASPS, o art. 3º da emenda retirou o caráter de “fonte adicional” da parcela de recursos da saúde oriunda da participação no resultado ou compensação financeira por exploração de petróleo e gás natural, a que se refere o art. 20, § 1º, da

Constituição,⁷ característica conferida a tais recursos pela Lei 12.858, de 9 de setembro de 2013.⁸

Conforme demonstra a petição inicial, tais mudanças são intensamente prejudiciais ao financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), por implicarem redução drástica no orçamento para ações e serviços públicos em saúde, o qual já é historicamente insuficiente. Em última análise, a emenda caracteriza: (i) violação aos direitos à vida e à saúde, previstos nos arts. 5º, *caput*; 6º; e 196 a 198, *caput* e § 1º, da Constituição da República;⁹ (ii) afronta ao princípio da vedação de retrocesso social (CR, art. 1º, *caput* e III);¹⁰ (iii) contrariedade ao princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal, em sua acepção substantiva (art. 5º, LIV),¹¹ na sua faceta de proibição de proteção deficiente; e (iv) descumprimento do dever de progressividade na concretização dos direitos sociais, assumido pelo Brasil tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992),¹² quanto no Protocolo

7 “§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

8 “Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do *caput* do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal; altera a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989; e dá outras providências”. Ver página 22.

9 Ver notas 1, 2 e 3.

10 Ver nota 4.

11 Ver nota 5.

12 “Artigo 2º

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de

Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de São Salvador (promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999).¹³

O patamar mínimo de financiamento da saúde pela União foi definido constitucionalmente a partir da inserção do § 2º do art. 198 da Constituição, pela Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000, que dispunha:

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)¹⁴

~~I – os percentuais de que trata o § 2º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)~~

I – os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

13 “Artigo 1 – Obrigação de adotar medidas

Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.”

14 O art. 198, § 3º, I, foi alterado pela EC 86/2015, e seu inc. IV foi por ela revogado.

- II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
- III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
- ~~IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)~~
- IV – (revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015) [...]

Esse preceito foi tardiamente regulamentado pela Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, a qual fixou os valores que a União deveria aplicar no SUS.

Com a EC 86/2015, o que aparenta ser crescimento do financiamento federal mascara grave redução do custeio do sistema de saúde pública da nação. A emenda foi aprovada em sentido diametralmente oposto ao visado pelo projeto de lei complementar 321, de 2013, fruto de iniciativa popular. Apresentada ao Congresso Nacional com **2,2 milhões** de assinaturas, a proposição decorreu de movimento social intensificado nos anos de 2013 e 2014, conhecido como “Saúde+10”, o qual busca fortalecer o SUS mediante aplicação mínima de 10% da **receita corrente bruta** da União em ações e serviços públicos de saúde,¹⁵ em contraponto aos percentuais vigentes, que incidem sobre a **receita corrente líquida**.¹⁶

15 Disponível em: < <http://zip.net/bctqQP> > ou < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589775> >; acesso em: 18 nov. 2016.

16 A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000) define a receita corrente líquida da seguinte forma: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: [...]”

O direito à saúde conta com ampla proteção na órbita internacional, como se percebe das seguintes normas, entre outras:

- (i) arts. 22 e 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 1948;¹⁷
- (ii) arts. 4º e 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, portanto com plena eficácia e aplicabilidade aos órgãos nacionais);¹⁸

IV – receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:

- a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição;
- b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;
- c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição. [...]"

Em termos mais simples, a RCL da União pode ser compreendida como a soma de suas receitas tributárias, deduzidas as transferências constitucionais.

- 17 “Artigo XXII: Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. [...]"

Artigo XXV: 1. Todo ser humano tem direito a um padrão devida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

- 18 “Artigo 4 – Direito à Vida

- 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
- 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal

(iii) art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;¹⁹

(iv) art. 10 do Protocolo de São Salvador.²⁰

No plano interno, a Constituição de 1988 erigiu a saúde à condição de direito fundamental e impôs ao poder público **dever** de assegurar sua proteção, promoção e recuperação. Para tanto, constitucionalizou o Sistema Único de Saúde (SUS), com o fito

pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se entenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte à pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Artigo 5 – Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, a ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoal não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, deve ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”

19 “Artigo 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

de assegurar-lhe máxima efetividade, e impôs aos entes federados seu custeio, mediante aporte de recursos mínimos que garantam atendimento integral à população e cumprimento de suas atribuições constitucionais (CR, arts. 196, 198 e 200).

Característica central do sistema é seu **financiamento público**. Há, aqui, ruptura significativa com o modelo anterior. Antes da Constituição de 1988 e da instituição do SUS, o poder público, com pouco investimento em serviços próprios, estimulava a iniciativa privada a prover serviços de assistência médica, com garantia de que seriam posteriormente contratados pelo hoje extinto Insti-

-
- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;
 - b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
 - c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
 - d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.”

20 “Artigo 10 – Direito à Saúde

- 1. Toda pessoa têm direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
- 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir esse direito:
 - a) assistência primária a saúde, entendendo-se como tal à assistência médica essencial ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c) total imunização contra as principais doenças infecciosas;
 - d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
 - e) educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde; e
 - f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de maior risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.”

tuto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS).^{21,22}

Financiamento que logre atender à integralidade e à universalidade dos serviços de saúde é da ontologia do SUS, não elemento lateral ou de natureza meramente instrumental. Por esse motivo, o art. 198 da Constituição dispõe de modo expreso sobre suas fontes de custeio e remete, originariamente, a lei complementar a previsão de investimento mínimo anual a cargo de União, estados, Distrito Federal e municípios.

A Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta a matéria, assim dispôs sobre a aplicação de recursos mínimos pela União:

Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. [...]

§ 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o *caput* não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.

A norma impede retrocessos no montante anual de recursos investidos no SUS. Considerando a essencialidade dos serviços de

21 O INAMPS foi extinto pela Lei 8.689, de 27 de julho de 1993, como consequência, entre outros dispositivos, da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990) e da Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que tratou da participação da comunidade na gestão do SUS e das transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

22 WEICHERT, Marlon Alberto. Fundação estatal no serviço público de saúde: inconsistências e inconstitucionalidades. *Revista de Direito Sanitário*. v. 10, n. 1, p. 81-97, mar./jul. 2009. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13148/14954> > ou < <http://zip.net/bbtbll> >; acesso em: 18 nov. 2016.

saúde, mesmo em cenário econômico negativo, deve-se preservar o montante de aplicação de recursos mínimos pela União relativo ao exercício anterior.

O art. 2º da Emenda Constitucional 86/2015 estabeleceu novo regime de gasto mínimo no plano federal para ações e serviços públicos em saúde, correspondente a 15% da receita corrente líquida da União, mas não de imediato. Fixou subpisos progressivos de 13,2% para o exercício de 2016; 13,7% para 2017; 14,1% para 2018; 14,5% para 2019; 15% a partir de 2020.

A Procuradora ÉLIDA GRAZIANE PINTO, do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, em representação dirigida à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (anexa à petição inicial), órgão nacional do Ministério Público Federal dedicado à defesa de direitos fundamentais, expôs o déficit que será suportado no financiamento das ASPS com o regime imposto pela EC 86/2015:

A bem da verdade, o Congresso Nacional tentou conter tal retrocesso de custeio para o piso federal da saúde, por meio do parágrafo 8º do art. 38 da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União de 2016 (Lei nº 13.242, de 30 de dezembro de 2015), o qual, contudo, foi vetado.²³

23 Seu teor é o seguinte: “Art. 38.[...]”

§ 8º Durante o exercício de 2016, o montante a ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde de que trata o § 2º do art. 198 da Constituição não poderá ser inferior ao valor resultante da aplicação da regra constante do art. 5º da Lei Complementar nº 141, de 2012.”

Razões do veto: “O dispositivo determinaria ao Poder Executivo a utilização de cálculo do valor mínimo de aplicação em ações e serviços públicos de saúde diferente do previsto na Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, criando assim um contexto normativo de insegurança jurídica que seria prejudicial para as ações nessa área.”

A perda estimada²⁴ é de, no mínimo, R\$ 10 bilhões neste exercício de 2016 para o custeio da saúde pública dos brasileiros. Vale lembrar que, em 2015, a aplicação mínima federal em ações e serviços públicos de saúde correspondeu ao percentual de 14,8% da receita corrente líquida da União e agora, ao longo de 2016, sem considerar os efeitos do próprio fluxo deprimido da arrecadação, o novo piso federal será de 13,2% da RCL. Ou seja, queda proporcional de 1,6% da RCL federal para o custeio das ações e serviços públicos de saúde.

O dispositivo vetado assegurava que não haveria qualquer perda para o custeio do Sistema Único de Saúde (SUS) – na transição da regra de gasto mínimo federal em saúde da Emenda Constitucional nº 29/2000 (EC 29) para o novo patamar dado pela Emenda nº 86/2015 (EC 86) – porque o atual piso não poderia ser inferior ao valor resultante da aplicação da regra anterior.

A substituição da regra que vigorava desde 2000 (EC 29) de cálculo anual pela variação nominal do PIB dos recursos da saúde pelo novo regime de percentuais sobre a receita corrente líquida (RCL) impõe à saúde, como já dito, perda aproximadamente de R\$ 10 bilhões para 2016, conforme cálculo decorrente do art. 2º da EC 86. O dispositivo vetado da LDO pretendia exatamente cobrir tal diferença negativa entre os pisos de custeio para o SUS, para que não houvesse qualquer risco de queda.

O parágrafo 8º do art. 38 se originou no Congresso Nacional como precaução, portanto, contra retrocessos no custeio do SUS. Esse dispositivo foi inserido no Substitutivo ao projeto de LDO/2016 pela Comissão Mista de Orçamento, após os parlamentares haverem acolhido pleito do Conselho Nacional de Saúde e do movimento de defesa do SUS.

24 Nota do original: “Como se pode ler em <http://www.conass.org.br/consensus/implicacoes-da-emenda-constitucional-n-862015-para-o-processo-de-financiamento-sistema-unico-de-saude/> (acesso em 28/06/2016) e em FUNCIA, Francisco. *Nota de esclarecimento a respeito do cálculo das perdas decorrentes do início da vigência da nova regra da Emenda Constitucional nº 86/2015 para calcular a aplicação mínima da União em Ações e Serviços Públicos de Saúde*. Disponível em < http://idisa.org.br/site/documento_13168_0_2015---domingueira-004-2015.html >. Acesso em 28/05/2015.”

Contudo, o veto ao parágrafo 8º do art. 38 da LDO federal fez com que a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 já produzisse efeitos imediatos para a execução orçamentária desde 1º de janeiro de 2016.

[...]

Para entender melhor as consequências de tal regressividade federal de custeio estimada na casa de R\$ 10 bilhões para a manutenção do SUS em 2016, seguem duas linhas complementares de razões para a busca de propositura de ação direta de inconstitucionalidade a respeito dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015:

1) A despesa executada no âmbito das ações e serviços públicos de saúde foi de R\$ 83,05 bilhões em 2013, R\$ 91,90 bilhões no ano de 2014 e R\$ 100,79 bilhões em 2015. Um aumento nominal de 10,65% e 9,67% em cada qual, respectivamente, desses últimos dois anos.

Se forem mantidos os subpisos do art. 2º da EC 86/2015 e considerando que a área econômica do governo historicamente disponibiliza orçamentariamente apenas o valor mínimo constitucional, o Ministério da Saúde terá tão somente R\$ 100,25 bilhões em 2016, ou seja, redução nominal de 0,54% em relação a 2015 (que representa uma queda real de 10,15%, considerando a taxa de inflação do IPCA) e, portanto, um retrocesso.

O pior é que tal estimativa de perda é conservadora, porque leva em conta a perspectiva de arrecadação da receita corrente líquida federal de R\$ 759,0 bilhões, que se mostra como uma cifra muito difícil de ser alcançada diante da recessão e das sucessivas frustrações de arrecadação.

Fato é que a redução em valores brutos do piso federal em saúde corre o risco de ser ainda maior neste ano. O cenário econômico nacional projeta arrecadação tributária decrescente em 2016, cuja ocorrência acarretará, na prática, agravada minoração do patamar estimado de despesa no setor dentro da lei orçamentária: se a receita corrente líquida for de R\$ 730,0 bilhões, o gasto mínimo federal em saúde será de R\$ 96,4 bilhões.

Caso seja declarada a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 e a transição da EC 29/2000 para a EC 86/2015 respeite que não poderá haver queda no orçamento

mínimo da saúde, o valor das aplicações federais no setor subiria para cerca de R\$ 107,0 bilhões.²⁵ Daí é que decorre, pois, a estimativa que permite afirmar o iminente perigo de consumação da perda de aproximadamente R\$ 10 bilhões para o SUS, já que a permanência do veto fixará o piso federal da saúde no “teto” econômico, que se projeta oscilar entre R\$ 96,4 bilhões a R\$ 100,25 bilhões a depender do comportamento da receita corrente líquida, conforme o art. 2º da EC 86, sem se olvidar dos efeitos do art. 3º de tal Emenda que restringe a vinda de fonte adicional de custeio a partir da exploração do pré-sal.

2) Segundo projeção do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a população brasileira crescerá cerca de 2,51%, entre 1º de julho de 2013 a 1º de julho de 2016, comprovando que o corte não acompanhará as necessidades da população, tampouco promoverá sequer a correção monetária da inflação havida em 2015, cujo patamar alcançou 10,67% conforme o IPCA.²⁶

Esse dado se agrava ainda mais diante do aumento do desemprego decorrente da política econômica recessiva, cujas consequências são o desligamento de trabalhadores dos planos de saúde mantidos pelas empresas e correlata expansão de demanda de atendimento nas unidades de atendimento do SUS.

A redução de cerca de R\$ 10 bilhões decorrente dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015, portanto, representa algo em torno de 10% do orçamento federal previsto para a saúde pública em 2016.

O rol de fundamentos acima demonstra que os subpisos do art. 2º e a retirada do caráter adicional dos recursos do pré-sal para o custeio da saúde do art. 3º da EC 86/2015

25 Nota do original: “Não se pode perder de vista, contudo, que nem esses R\$ 107,0 bilhões seriam suficientes para a manutenção das ações e serviços públicos de saúde em 2016 nos mesmos patamares em que foram executados em 2014, sobretudo diante da aceleração inflacionária ocorrida desde então. O momento é de defesa do SUS contra cortes abruptos em seu financiamento mínimo, sem que sequer seja possível exigir a correção monetária do estágio qualitativo e quantitativo de cobertura da população, em termos de ações e serviços públicos de saúde ofertados em anos anteriores.”

26 Nota do original: “É o que se pode ler em <http://www.valor.com.br/brasil/4383460/inflacao-alcanca-1067-em-2015-maior-desde-2002> (acesso em 28/06/2016).”

têm sido iníquos para o SUS, na medida em que impõem retrocessos ainda mais agudos para a perspectiva histórica de que a saúde pública já estava subfinanciada com a forma de cálculo de recursos mínimos da EC 29/2000.

O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) realizou projeção do decréscimo de financiamento do SUS causado pela EC 86/2015, com base em dois diferentes cenários (em função da variação do produto interno bruto e da RCL da União) e considerando a execução de emendas parlamentares individuais e as diferenças de aplicação mínima da União determinadas pela emenda. Com base nisso, nos exercícios de 2015 a 2017, as perdas máximas poderiam ser de R\$ 3,18 bilhões em 2015, R\$ 12,53 bilhões em 2016 e R\$ 4,29 bilhões em 2017, totalizando cerca de **R\$ 20 bilhões a menos** para financiar o sistema, que, como dito, já padece de subfinanciamento crônico.²⁷

Documento do 11º Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva, havido em 2015 em Goiânia (GO) e promovido pela Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), apontou esse subfinanciamento e seu recrudescimento nos últimos anos, para concluir:

Somados todos os efeitos negativos, temos como resultado o agravamento do subfinanciamento das ações e serviços de saúde, que em 2014, correspondeu a 3,9% do PIB, em contraposição aos parâmetros internacionais de 7,0% do PIB em gasto público em saúde, patamar no qual se reconhece que os sistemas de saúde, além de públicos, passam a cumprir função positiva na redução de desigualdades sociais.²⁸

27 FUNCIA, Francisco. Implicações da Emenda Constitucional n. 86/2015 para o processo de financiamento do Sistema Único de Saúde. *Revista Consensus*. Disponível em < <http://zip.net/bkts0B> > ou < <http://www.conass.org.br/consensus/implicacoes-da-emenda-constitucional-n-862015-para-o-processo-de-financiamento-sistema-unico-de-saude> >; acesso em 18 nov. 2016.

28 Disponível em < <http://zip.net/brtsXT> > ou < http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2015/docs/documento_f

O subfinanciamento público da saúde no Brasil é apontado por inúmeros especialistas e confirmado pela comparação com a experiência internacional. EUGÊNIO VILAÇA MENDES, conselheiro da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), apontou dados e o risco de segmentação do sistema de saúde pública nacional:

As evidências internacionais mostram que todos os países que estruturaram sistemas universais de saúde, *beveridgeanos* ou *bismarckianos*, apresentam uma estrutura de financiamento em que os gastos públicos em saúde são, no mínimo, 70% dos gastos totais em saúde. Por exemplo: Alemanha, 76,8%; Canadá, 71,1%; Itália, 77,6%; Holanda, 84,8%, Noruega, 85,5%; Reino Unido, 83,2%. No Brasil, o gasto público como porcentual do gasto total em saúde é de, apenas, 47%, inferior aos 53% que constituem o porcentual de gastos privados em saúde. Em geral, a segmentação dos sistemas de saúde se dá quando os gastos públicos são inferiores a 50% dos gastos totais em saúde. Nos Estados Unidos, país emblemático do sistema segmentado, esse valor é de 48,2%, bem próximo ao gasto público brasileiro.

Com a estrutura vigente de gastos públicos em saúde não se pode pretender consolidar o SUS como direito de todos e dever do Estado. Essa é a razão fundante da segmentação do sistema de saúde brasileiro que poderá fazer de nosso sistema público de saúde, no longo prazo, um sistema de assistência à saúde para as classes mais baixas e um resseguro para procedimentos de alto custo para as classes médias e para os ricos.

Os gastos públicos em saúde em nosso país são muito baixos quando comparados com outros países em dólares americanos com paridade de poder de compra. O gasto total em saúde é de US\$ 1.009,00, mas o gasto público *per capita* em saúde é de apenas US\$ 474,00. Esse valor é muito inferior aos valores praticados em países desenvolvidos, mas é inferior a países da América Latina como Argentina, US\$ 851,00; Chile, US\$ 562,00; Costa Rica, US\$ 825,00; Panamá, US\$ 853,00; e Uruguai, US\$ 740,00. A razão para esse baixo gasto público em saúde no Brasil está no fato de que os gastos em saúde correspondem a 10,7% do gasto do orçamento

[inal seminario cns Cofin abrasco.pdf](#) >; acesso em 18 nov. 2016.

total dos governos, um valor muito abaixo do praticado em âmbito internacional, em países desenvolvidos e em desenvolvimento. Estima-se que o faturamento *per capita* do sistema de saúde suplementar brasileiro é três vezes superior aos gastos *per capita* do SUS.²⁹

O próprio Ministério da Saúde não nega o fenômeno. O então Ministro ARTHUR CHIORO, em debate na Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional em 25 de agosto de 2015, declarou-o, segundo a Agência Câmara Notícias:

[...] Os gastos federais com ações e serviços públicos de saúde passaram de R\$ 58,3 bilhões em 2010 para R\$ 98,4 bilhões neste ano. Mesmo assim, CHIORO disse que o Brasil gasta relativamente pouco com saúde, quando comparado a outros países.

Gasto per capita

Segundo o Banco Mundial, citado pelo ministro, o País despende 525 dólares por habitante, ao ano, com ações de saúde, número que inclui as despesas das três esferas. Países que também possuem sistemas universais como o SUS gastam em média 3 mil dólares por habitante/ano.

“Nós vivemos de fato um sistema de saúde público subfinanciado e se faz um enorme esforço para garantir os conceitos de universalidade e integralidade que estão previstos na Constituição”, afirmou o ministro. “A avaliação de que o nosso problema é circunscrito à esfera da gestão reduz a magnitude do problema do financiamento da saúde”. [...]³⁰

Não bastasse esse quadro crônico, que a emenda constitucional aprofunda, além de estabelecer subpisos progressivos para cus-

29 MENDES, Eugênio Vilaça. *25 anos do Sistema Único de Saúde: resultados e desafios*. Disponível em < <http://zip.net/bqttTx> > ou < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n78/03.pdf> >; acesso em 18 nov. 2016.

30 “Ministro da Saúde diz que subfinanciamento é principal problema do SUS”. Disponível em < <http://zip.net/bvtthy> > ou < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/administracao-publica/494671-ministro-da-saude-diz-que-subfinanciamento-e-principal-problema-do-sus.html> >; acesso em 18 nov. 2016.

teio da saúde pela União até 2019 (os quais, na prática, acabam correspondendo ao máximo de investimento aportado por ela), o art. 3º da EC 86/2015 trouxe novo retrocesso, ao estabelecer que “despesas com ações e serviços públicos de saúde custeados com a parcela da União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, serão computadas para fins de cumprimento do disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal”.

Antes da promulgação da emenda, os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás natural – incluídos os decorrentes da exploração em áreas no perfil geológico conhecido como camada do pré-sal – eram fontes **adicionais** para custeio da saúde, como previa expressamente o art. 4º da Lei 12.858, de 9 de setembro de 2013 (sem destaque no original):

Art. 4º Os recursos destinados para as áreas de educação e saúde na forma do art. 2º serão aplicados **em acréscimo ao mínimo obrigatório** previsto na Constituição Federal.

Ao determinar que esses recursos sejam contabilizados no percentual mínimo de gasto da União, a que se refere o art. 198, § 2º, I, da Constituição, o art. 3º da EC 86/2015 impôs **nova perda bilionária** de recursos para o SUS.

Segundo o art. 2º da Lei 12.858/2013, os recursos da exploração petrolífera destinados à área da saúde têm por propósito cumprir a meta prevista no art. 196 da CR, que dispõe ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Com essa norma, reconheceu o legislador federal, em setembro de 2013, que o investimento até então efetuado pela União na saúde pública não foi suficiente para cumprir os objetivos constitucionais do SUS. Se é constitutivo do sistema único seu **financiamento adequado**, será inconstitucional qualquer medida tendente a reduzi-lo, ainda mais da forma severa que decorre da emenda constitucional impugnada.

Devido à essencialidade das ações e serviços públicos de saúde, quadro de recessão econômica não tem potencialidade para validar constitucionalmente as disposições impugnadas. O tratamento que o constituinte originário conferiu ao SUS se destinou a imunizá-lo de vicissitudes políticas. Para tanto, alçou a saúde à categoria de direito fundamental e montou arcabouço necessário para sustentá-la, por meio de financiamento público do SUS. Assegurou acesso universal e igualitário às suas ações e serviços e estabeleceu, como diretriz do sistema, atendimento integral (CR, arts. 196, *caput*, e 198, II).

O financiamento público, como dito, é um dos pilares do sistema e pressupõe **progressividade**, ao menos até que se cumpra a meta do art. 196 (acesso universal e igualitário). Não por outra razão, a Lei Complementar 141/2012 vedava, mesmo em hipótese de variação negativa do PIB, redução do valor nominal investido no ano precedente.

As gravíssimas consequências impostas à saúde pública pela EC 86/2015 foram expostas em entrevistas à imprensa concedidas pelos Ministros da Saúde ARTHUR CHIORO³¹ e MARCELO CASTRO,³²

31 Disponível em: < <http://zip.net/bjtqRy> > ou < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,saude-caminha-para-um-colapso--diz-ministro--imp-,1770226> >; acesso em: 18 nov. 2016.

32 Disponível em: < <http://zip.net/bsshLV> > ou < <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/10/1699916->

em setembro e outubro de 2015. Destacaram os hoje ex-ministros que, a prevalecerem os patamares de repasse de recursos previstos pela emenda, haverá grave risco de colapso do sistema já a partir de setembro de 2016, nos serviços de média e alta complexidade.

Diante de tal quadro, as disposições questionadas caracterizam profundo retrocesso na concretização de direitos fundamentais, o que é vedado pelo dever de progressividade assumido pelo Brasil no art. 2º, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³³ e no art. 1º do Protocolo de São Salvador,³⁴ o qual contém regra específica que obriga os Estados a adotarem **medidas econômicas** para assegurar **progressiva** prestação dos direitos sociais.

PAULO GILBERTO COGO LEIVAS afirma que, em se tratando de direitos fundamentais cuja concretização exija regulação por parte do estado a partir de atuação positiva, surge legítima pretensão a que a disciplina normativa não seja revogada ou, o que é caminhar no mesmo sentido, que a regulação não seja substituída por disciplina normativa menos realizadora desses direitos.³⁵

Essa eficácia impeditiva de retrocesso é uma das características funcionais dos direitos fundamentais, no dizer de JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, para quem eles

[...] não admitem retrocessos, revelando-se como um marco de evolução intangível. Sobre o “legislador de configuração”[,] essa diretiva cria um obstáculo às mudanças

[repasses-para-hospitais-e-farmacia-popular-atrasarao-diz-ministro-da-saude.shtml](#) >; acesso em: 18 nov. 2016.

33 Ver nota 15.

34 Ver nota 16.

35 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83-84.

de conformação que devem reproduzir, no mínimo, a efetividade ou fruição anterior – efeito *cliquet* (FAVOREU).³⁶

O princípio da vedação de retrocesso social é evolução doutrinária da teoria da irreversibilidade (*Nichtumkehrbarkeitstheorie*) desenvolvida por KONRAD HESSE. Esta se pauta na noção de que, em matéria de direitos sociais, uma vez legalmente conformados, medidas regressivas seriam inconstitucionais, pois haveria irreversibilidade das conquistas sociais.³⁷

JORGE MIRANDA, ao abordar o regime específico dos direitos econômicos, culturais e sociais e explicitar que carecem de conformação normativa, conclui:

[...] não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-los significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais. Nisto consiste a regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social, fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito.³⁸

O princípio do não retrocesso social, portanto, visa a proteger direitos sociais concretizados por atos anteriores contra medidas regressivas de órgãos estatais, de forma que ocorra sempre ampliação desses direitos (ou ao menos preservação deles). A liberdade dos agentes estatais torna-se limitada diante da concretização de direitos fundamentais de natureza social. O legislador vincular-se-ia à legislação efetivadora de direitos fundamentais e não estaria autorizado a eliminar normas sobre a matéria ou a reduzir drasticamente o alcance delas, “pois isto equivaleria a subtrair às normas constitu-

36 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 672.

37 NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-102.

38 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. Vol. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 188.

cionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador”.³⁹

O princípio estaria implícito no ordenamento jurídico brasileiro, como decorrência do estado democrático e social de direito, do princípio da dignidade do ser humano, do princípio da proteção da confiança e da máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais.⁴⁰

J. J. GOMES CANOTILHO, ao discorrer sobre o princípio da proibição de retrocesso social, destaca que direitos fundamentais sociais e econômicos, uma vez concretizados pelo legislador ordinário, passam a constituir direitos subjetivos que interditam o legislador de revogá-los, anulá-los, aniquilá-los:

A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas antissociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculados da actividade legislativa e o *núcleo essencial* dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei de segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir

39 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2010, p. 444.

40 *Idem*, p. 445-446.

em *abstracto* um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais, sobretudo o seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo existencial condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (cf. Ac. 509/2002, DR. I 12/2/2003).⁴¹

Esse posicionamento encontra apoio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se colhe, por exemplo, de trecho do seguinte julgado:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.

– O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

– A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, *v.g.*) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina.

Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.⁴²

41 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338-339.

42 Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 639.337/SP. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. 23/8/2011, unânime. *Diário da Justiça eletrônico* 177, 15 set. 2011.

As normas impugnadas da EC 86/2015 são também inconstitucionais por violar o princípio da vedação de proteção deficiente de bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Este representa uma das facetas do princípio da proporcionalidade, derivado da cláusula pétrea do devido processo legal, na sua concepção substantiva (CR, art. 5º, LIV).⁴³

O princípio da proporcionalidade é tradicionalmente invocado na dimensão negativa, para refrear medidas excessivas do estado que interfiram no exercício de direitos fundamentais. Doutrina e jurisprudência contemporâneas, todavia, exploram outro aspecto dele, ligado à vedação de proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Diante do reconhecimento de que o Estado tem não apenas o dever de não violar bens jurídicos de índole constitucional, mas o de protegê-los e promovê-los, a doutrina afirma que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas diante de excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta gravemente insuficiente.⁴⁴ O Supremo Tribunal Federal já empregou essa categoria em algumas decisões, como quando rechaçou aplicabilidade à união estável de dispositivo do Código Penal (hoje revogado) que previa extinção de punibilidade do crime de estupro sempre que o autor se casasse com a vítima. De acordo com o Ministro GILMAR MENDES:

43 Ver nota 5.

44 Cf. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162-166; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: O Direito Penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e deficiência. In: *Revista brasileira de Ciências Criminais*, v. 47, 2004, p. 60-122; e STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). In: *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, 2004, p. 303-345.

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação de direitos fundamentais de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção do direito fundamental.⁴⁵

Violação ao princípio da proporcionalidade, na sua face de proibição a proteção insuficiente, neste processo, materializa-se diante da constatação de que os arts. 2º e 3º da EC 86/2015, ao estabelecerem subpisos progressivos de custeio federal da saúde e ao suprimirem o caráter adicional das receitas advindas da exploração do petróleo e gás natural, acarretam gravíssimos impactos negativos na estruturação e no funcionamento do SUS, o que atinge diretamente direitos fundamentais protegidos por cláusula pétrea da Constituição de 1988: **vida e saúde**. Os impactos dessa redução são tanto mais graves por atingirem principalmente as parcelas mais vulneráveis da população, as maiores usuárias quotidianas da rede pública de saúde, pois é sabido que, diante das crônicas carências do SUS, motivadas em grande parte por seu subfinanciamento, as classes economicamente mais protegidas se valem de planos privados de saúde – uma das manifestações das profundas desigualdades socioeconômicas do Brasil.

Verifica-se, aí, violação a outro direito fundamental (devido processo legal), na vertente de proibição de proteção deficiente (a *Untermassverbot* da doutrina alemã), porquanto as normas questionadas preveem regra aquém do necessário à promoção

45 STF Plenário. Recurso extraordinário 418.376/MS. Redator para acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA. *DJ*, 23 mar. 2007.

do acesso integral, universal e igualitário às ações e serviços de saúde, agravando quadro que já não é hábil a garantir a concretização desse direito.

Por conseguinte, os arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015 afrontam os arts. 1º, *caput* e III; 5º, *caput* e inc. LIV; 6º; 60, § 4º, IV; e 196 a 198, *caput* e § 1º, todos da Constituição da República.

Ao contrário do que afirma a Advocacia-Geral da União, não se trata de utilizar o art. 4º da Lei 12.858/2013⁴⁶ e o art. 5º da Lei Complementar 141/2012⁴⁷ como parâmetros de controle de constitucionalidade de emenda constitucional. Tampouco se pretende conferir *status* de cláusula pétrea a referidos preceitos legais. A invocação dessas normas serve apenas a demonstrar a drástica redução do orçamento público destinado a ações e serviços públicos de saúde, disfarçadamente promovida pelas normas impugnadas, em absoluta contrariedade a valores fundamentais da Constituição de 1988. Os parâmetros constitucionais de controle foram larga e detidamente expostos na petição inicial.

3. PERIGO NA DEMORA PROCESSUAL

Perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre do fato de a manutenção de eficácia das normas atacadas agravar a insuficiência de recursos que permitam regular funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme quadro que se expôs, a impactar diretamente os direitos fundamentais à vida e à saúde dos seus usuários, com potencialidade de impacto cada vez maior com o decorrer do tempo.

46 Ver página 20.

47 Ver página 12.

Além disso, a taxa de desemprego no país tem aumentado nos últimos meses, como revela a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD), conduzida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Desde dez/2014 a taxa cresce, tendo passado de 6,5% naquele mês para 11,6% em jul/2016, como espelha o gráfico abaixo:



Esses 11,6% de desemprego em jul/2016 correspondem a **11,847 milhões de mulheres e homens sem trabalho**, o que tem impacto óbvio também nas pessoas que dependem do sistema público de saúde. Isso significa demanda maior para o SUS, pois perda de emprego costuma gerar rescisão de planos privados de saúde oferecidos por empregadores e dificulta contratação de planos privados – os quais, de toda forma, não realizam o modelo pretendido pela Constituição. A prevalecer o volume de aporte com base nos novos percentuais de receita líquida corrente da União previstos pelas normas questionadas, haverá forte agravamento à saúde da população usuária do SUS, dado o **potencial de redução de até R\$ 20 bilhões** do financiamento da União para o sistema.

Financiamento público insuficiente não é, porém, o único problema financeiro do SUS. Nota recente da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, órgão do Ministério Público Federal, com base na atuação de seu Grupo de Trabalho Saúde, aponta:

Observa-se, todavia, grave processo de desfinanciamento do Sistema Único de Saúde, pelo contingenciamento ou pelo corte de recursos financeiros destinados à determinada política pública da saúde. Observa-se, outrossim, (i) o atraso indevido nos repasses da contrapartida da União aos Estados e Municípios e (ii) a falta do efetivo repasse pelas Fazendas Estaduais da verba destinada aos Fundos Estaduais de Saúde para financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

O não repasse e/ou o atraso no repasse (limitação de empenho e de movimentação financeira, gerando restos a pagar) de verbas obrigatórias constitucionais e legais pactuadas acarretam inegáveis prejuízos à adequada prestação dos serviços de saúde pelos Estados e pelas Municipalidades, podendo culminar na interrupção destes serviços e gerar maiores agravos à saúde e à vida da população.

A EC 86/2015 exacerba o quadro crônico de subfinanciamento da saúde pública no País, apontado ao longo desta petição, que causa número formidável de mortes e agravos evitáveis à saúde dos cidadãos brasileiros, com enorme sofrimento individual e impactos na economia e no desenvolvimento.

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas impugnadas seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, além do sinal de bom direito, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar para esse efeito.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, a Procuradoria-Geral da República manifesta-se por concessão da medida cautelar e, em definitivo, por procedência do pedido.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WCS/AMO-Par.PGR/WS/2.275/2016